

GE_GERICHTE A/1311/2015 vom 17. März 2016

GE Cour de justice, 2016-03-17, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_A_1311_2015

FR: GE_GERICHTE A/1311/2015 du 17 mars 2016

IT: GE_GERICHTE A/1311/2015 del 17 marzo 2016

Erwägungen

E. 3

ème Chambre En la cause Monsieur A_____, domicilié au LIGNON recourant contre CAISSE DE CHOMAGE SYNA, rte du Petit-Moncor 1A, VILLARS-SUR-GLÂNE 2 intimée EN FAIT 1. Monsieur A_____ (ci-après l'assuré), né en 1958, s'est annoncé auprès de la caisse de chômage Syna (ci-après la caisse) le 8 avril 2014. Il a requis le versement d'indemnités de chômage dès le 1 er mai 2014 en précisant que son employeur, Monsieur B_____ (ci-après l'employeur), exploitant d'une entreprise individuelle active dans le bâtiment, avait mis fin aux rapports de travail pour le 30 avril 2014 pour motifs économiques. [endif]>![if> A l'appui de sa demande, l'assuré a produit : - douze bulletins de paie afférents aux mois de janvier à décembre 2013, mentionnant les salaires bruts suivants, incluant les indemnités de pause et les indemnités professionnelles : CHF 6'496.94 en janvier, CHF 6'518.54 en février, CHF 6'540.14 en mars, CHF 6'540.14 en avril, CHF 6'583.34 en mai, CHF 6'518.54 en juin, CHF 6'583.34 en juillet, CHF 6'086.54 en août, CHF 6'496.94 en septembre, CHF 6'583.35 en octobre, CHF 6'540.14 en novembre et CHF 12'325.54 en décembre;![endif]>![if> - le contrat de travail signé le 21 décembre 2000 avec l'employeur pour une activité de maçon-carreleur à 100 % rémunérée CHF 6'000.- par mois; ![endif]>![if> - une attestation de l'employeur, confirmant la durée des rapports de travail - du 1 er janvier 2001 au 30 avril 2014 - et faisant état d'un salaire mensuel de CHF 5'871.60 ainsi qu'un 13 ème salaire de CHF 5'915.-, versé pour la dernière fois le 21 décembre 2013.![endif]>![if> 2. Le 14 avril 2014, la caisse a reçu de l'assuré ses décomptes de salaire de janvier à avril 2014, dont les montants variaient de CHF 5'850.- à CHF 5'871.60. ![endif]>![if> L'assuré a en outre produit : - une demande de conciliation formée devant le Tribunal des prud'hommes à l'encontre de l'employeur, réclamant le versement de CHF 14'155.- à titre de solde de salaires pour 2013 et pour janvier à mars 2014, de CHF 26'000.- à titre de solde pour avril à juillet 2014, de CHF 5'915.- pour les vacances de janvier à juillet 2014, et de CHF 4'282.- pour le 13 ème salaire au prorata de la période de janvier à juillet 2014; ![endif]>![if> - un extrait de son compte bancaire pour la période du 1 er mai 2012 au 28 février 2013, dont il ressort que l'employeur a opéré neuf versements variant de CHF 650.- à CHF 7'500.- pour un montant total de CHF 38'250.-.![endif]>![if> 3. Le 23 avril 2014, la caisse a informé l'assuré que les documents à sa disposition ne lui permettaient pas de statuer sur son droit à l'indemnité. ![endif]>![if> Elle a encore requis de l'assuré, concernant les années 2012 et 2013, la production de ses déclarations fiscales, de ses certificats de salaire, de ses certificats de prévoyance professionnelle, ainsi que les quittances originales de ses douze derniers salaires, accompagnées d'un extrait du livre de comptes à réclamer à l'employeur, des justificatifs bancaires attestant du versement des salaires de mai 2013 à avril 2014, les preuves de l'affiliation de l'assuré aux assurances sociales, tous les documents déposés devant la juridiction des prud'hommes, ainsi qu'une preuve du versement des salaires

ressortant de la comptabilité de l'employeur. 4. L'assuré a expliqué ne pouvoir produire le moindre certificat de prévoyance professionnelle, son employeur ne les lui ayant jamais remis, pas plus que des quittances de salaire. Son employeur le payait en espèces et ne lui avait jamais fait signer de document. Il n'arrivait pas à le joindre pour obtenir la preuve de son affiliation aux différentes assurances sociales. Pour le surplus, il produisait sa décision de taxation 2012, qui retenait un salaire de CHF 76'895.-. 5. Selon l'extrait de compte individuel AVS de l'assuré que la caisse s'est procuré en date du 16 mai 2014, l'intéressé a réalisé dès 1996 des revenus annuels oscillant entre CHF 60'215.- et CHF 78'953.- au service de son employeur, auxquels se sont ajoutés, jusqu'en 2004, des montants versés par la caisse de compensation du gros œuvre. En 2011, son revenu s'est élevé à CHF 78'953.-. Aucun salaire n'a été déclaré depuis 2012. 6. Le 12 mai 2014, la caisse a invité l'assuré à produire sa déclaration fiscale 2013 ainsi que ses certificats de salaire 2012 et 2013 et à lui confirmer la date à compter de laquelle son salaire lui avait été versé en espèces. 7. Parallèlement, la caisse a requis de l'employeur la copie des certificats de prévoyance professionnelle 2012 et 2013, les quittances de salaires accompagnées d'un extrait de son livre de compte attestant de la sortie des salaires, les justificatifs bancaires attestant du versement des salaires de mai 2012 à avril 2014 et la preuve de l'affiliation de l'assuré aux assurances sociales. 8. Lors de la conciliation devant le Tribunal des prud'hommes du 16 mai 2014, l'assuré et son employeur ont conclu une transaction, par laquelle ce dernier s'engageait à verser au premier, pour solde de tout compte, CHF 55'697.80 bruts, sous déduction de CHF 5'500.-, à titre de solde de salaire, d'indemnité de vacances et de 13^{ème} salaire pour 2014, ainsi que CHF 2'500.- nets à titre de solde de salaire pour décembre 2013. Ces montants devaient être versés par acomptes de CHF 4'641.50. 9. Il ressort de la déclaration fiscale 2013 de l'assuré, reçue le 22 mai 2014 par la caisse, que celui-ci a déclaré cette année-là un revenu brut de CHF 78'953.-, montant également mentionné sur son certificat de salaire. 10. Le 3 juin 2014, la caisse a derechef requis de l'employeur les pièces mentionnées dans son courrier du 12 mai 2014. 11. Le 11 juillet 2014, la caisse a invité l'office cantonal de l'emploi (OCE) à intervenir auprès de l'employeur afin d'obtenir les pièces réclamées de sa part. 12. Par courriel du 16 septembre 2014, l'OCE lui a répondu que l'employeur avait quitté le territoire genevois pour s'établir à l'étranger ; son adresse était inconnue et il était impossible de récupérer les documents requis. 13. L'assuré a alors exigé de la caisse une décision formelle sur son droit aux indemnités. 14. Par décision du 16 octobre 2014, la caisse a nié à l'assuré tout droit à l'indemnité, motif pris du fait que le montant du salaire versé durant le délai-cadre de cotisation - du 1^{er} mai 2012 au 30 avril 2014 - ne pouvait être déterminé au degré de vraisemblance prépondérante, que l'assuré n'avait pas démontré que son salaire lui avait été versé en espèces et qu'il fallait dès lors considérer que la preuve de la réalité d'un salaire soumis à cotisation n'avait pas été apportée. Les montants versés sur le compte bancaire de l'assuré ne correspondaient pas à ceux figurant sur les fiches de salaire reçues par la caisse. De plus, selon la requête de conciliation devant les prud'hommes, l'assuré avait réclamé à son employeur un solde pour 2013 et 2014, les salaires impayés durant le préavis, le 13^{ème} salaire et son solde de vacances. 15. Par courriel du 31 octobre 2014, l'OCE a informé la caisse qu'il se proposait de sanctionner l'employeur de l'assuré pour violation de son devoir d'information. 16. Le 10 novembre 2014, la caisse, se référant à la transaction intervenue entre l'assuré et son employeur devant les Prud'hommes, lui a

demandé d'apporter la preuve de la réception des acomptes promis par son employeur. Par ailleurs, relevant que, selon cette transaction, les rapports de travail n'avaient pris fin que le 31 juillet 2014 - et non 30 avril -, la caisse a invité l'assuré à faire remplir à son employeur une nouvelle attestation, à laquelle il devrait joindre de nouveaux décomptes de salaires. 17. Le 5 novembre 2014, l'assuré s'est opposé à la décision de la caisse, à laquelle il a reproché de n'avoir pas tenu compte du fait que son employeur avait entièrement acquiescé à sa demande et avait admis l'existence d'un revenu mensuel de CHF 6'000.-. Il a allégué que son employeur s'était dit disposé à collaborer avec la caisse et s'était engagé lors de la conciliation à verser toutes les cotisations sociales dues. 18. Le 25 novembre 2014, la caisse a reçu de l'assuré une nouvelle attestation remplie la veille par l'employeur, indiquant que les rapports de travail avaient été résiliés pour le 31 juillet 2014, ainsi qu'une quittance signée par l'assuré selon laquelle l'employeur lui avait versé la somme de CHF 25'000.-. 19. Par décision du 17 mars 2015, la caisse a rejeté l'opposition. Elle a retenu que le montant du salaire versé n'était pas déterminable, l'assuré n'ayant pas apporté la preuve de la perception du revenu en main propre. La quittance transmise le 25 novembre 2014, non datée, ne précisait pas à quoi correspondaient les CHF 25'000.- mentionnés et ne correspondait pas aux acomptes convenus lors de la transaction. 20. Par écriture du 20 avril 2015, l'assuré a interjeté recours auprès de la Cour de céans en concluant, préalablement à l'ouverture d'enquêtes, à ce qu'il soit constaté qu'il avait exercé une activité soumise à cotisation dans les 24 mois précédant son inscription et à ce qu'un droit à l'indemnité de chômage lui soit reconnu dès le 1er mai 2014. Le recourant a notamment produit ses certificats de salaire 2012 et 2013, les décomptes de salaire de janvier 2012 à avril 2014, ses décomptes bancaires de janvier 2012 à août 2014, ses bordereaux d'impôts 2012 et 2013, un décompte bancaire portant sur la période du 1er septembre 2013 au 30 septembre 2014 et des récépissés de factures acquittées en espèces, notamment relatives à certains loyers, et s'élevant au total à CHF 29'198.15 en 2013 et à CHF 25'854.65 en 2014. 21. Le 20 mai 2015, l'intimée a encore requis la production du certificat de salaire 2014, de la déclaration d'impôt 2014 et de l'avis de taxation y relatif. 22. Interpellé par la chambre de céans, le recourant a précisé par courrier du 28 mai 2015 que l'avis de taxation 2014 ne lui avait pas encore été délivré. Il a produit sa déclaration fiscale 2014, mentionnant un revenu de CHF 25'000.- correspondant à la quittance établie par son employeur. 23. L'intimée, constatant que la déclaration fiscale n'était ni datée, ni signée, a demandé à l'administration fiscale cantonale (AFC) confirmation de son enregistrement. L'AFC lui a répondu que la déclaration du recourant était en cours de traitement par ses services. 24. À la demande de la chambre de céans, l'AFC lui a adressé en date du 17 juin 2015 une copie de la déclaration fiscale complète du recourant, confirmant qu'un montant de CHF 25'000.- avait été déclaré à titre de revenu en 2014. 25. Dans sa réponse du 8 juillet 2015, l'intimée a conclu au rejet du recours. Elle ne conteste pas l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation, nonobstant l'absence de versement de charges sociales, mais rappelle que la détermination du gain assuré doit se fonder exclusivement sur les salaires effectivement versés. Or, les montants que l'assuré prétend avoir reçus n'ont pu être prouvés : l'attestation de l'employeur reçue le 8 avril 2014 mentionne un revenu de CHF 5'871.60, alors que la fiche de salaire fait mention de CHF 5'850.02 ; ces sommes n'ont d'ailleurs pas été versées, puisque le recourant a dû initier une procédure prud'homale. Quant à la quittance portant sur CHF 25'000.-, elle ne correspond pas aux décomptes de

salaires et ne mentionne aucune charge sociale, de sorte qu'il ne peut en être tenu compte. Par ailleurs, les montants indiqués dans les bulletins de salaire mensuels 2012 et 2013 ne sont pas identiques à ceux figurant dans les certificats de salaire annuels et dans les avis de taxation. Aucun certificat de prévoyance professionnelle, aucune quittance du versement du salaire en espèces, aucun extrait de livre de compte de l'employeur n'a pu être produit, pas plus que la preuve de l'affiliation du recourant aux différentes assurances sociales. Enfin, l'attestation de l'employeur du 24 novembre 2014 démontre que le recourant a travaillé jusqu'au 31 juillet 2014 et qu'il ne saurait ainsi prétendre des indemnités journalières dès le 1^{er} mai 2014. 26. Une audience de comparution personnelle s'est tenue en date du 3 septembre 2015, à laquelle le recourant ne s'est pas présenté. L'intimée a relevé disposer de quittances bancaires de CHF 22'500.- pour 2012 et de CHF 7'000.- pour 2013. Le fils du recourant, Monsieur A_____, qui a travaillé pour le même employeur, a expliqué que son père s'est vu délivrer une quittance de CHF 25'000.- ne correspondant pas à la réalité, sans pouvoir indiquer quelle somme avait été reçue exactement. 27. Le même jour, la chambre de céans a imparté à l'employeur un délai au 1^{er} octobre 2015 pour lui indiquer le nom de la fiduciaire chargée de la tenue de ses comptes et produire les certificats de prévoyance professionnelle de 2012 à 2014, les livres de compte de son entreprise de 2012 à 2014, ainsi que tout document pouvant démontrer le versement de salaires au recourant durant ces années. 28. Par courrier du 6 octobre 2015, la chambre de céans a invité l'intimée à se déterminer sur la base du dossier à sa disposition et à procéder au calcul du gain assuré. 29. Par écriture du 9 novembre 2015, l'intimée a indiqué ne pouvoir se fonder sur l'attestation de l'employeur et les fiches de salaires pour déterminer le gain assuré, puisque les montants divergent. Elle ajoute que les déclarations fiscales ne donnent pas non plus d'indications suffisamment probantes, puisque le recourant a déclaré un revenu de CHF 25'000.- alors que son fils a convenu en audience qu'il n'a pas reçu ce montant. Aucun versement n'a été attesté durant les six derniers mois d'activité et le libellé des sommes versées sur le compte bancaire ne permet pas d'en avoir le détail ; il s'agit le plus souvent de versements ronds, inférieurs aux salaires indiqués dans les fiches de salaire. 30. Copie de cette écriture a été transmise au recourant et la cause gardée à juger. EN DROIT 1. Conformément à l'art. 134 al. 1 let. a ch. 8 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 (LOJ - E 2 05) en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2011, la chambre des assurances sociales de la Cour de justice connaît, en instance unique, des contestations prévues à l'art. 56 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA - RS 830.1) relatives à la loi fédérale sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité du 25 juin 1982 (LACI - RS 837.0). Sa compétence pour juger du cas d'espèce est ainsi établie. 2. La LPGA, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, est applicable à la présente procédure. 3. Interjeté dans les forme et délai prévus par la loi, le recours est recevable (art. 56 à 60 LPGA). 4. Le litige porte sur le droit du recourant à des indemnités de chômage dès le 1^{er} mai 2014, plus particulièrement sur le point de savoir s'il a exercé une activité soumise à cotisation dans le délai-cadre de cotisation et sur la détermination du gain assuré. 5. En vertu de l'art. 8 al. 1^{er} LACI, l'assuré a droit à l'indemnité de chômage s'il est sans emploi ou partiellement sans emploi (let. a), s'il a subi une perte de travail à prendre en considération (let. b), s'il est domicilié en Suisse (let. c), s'il a achevé sa scolarité obligatoire, s'il n'a pas encore atteint l'âge donnant droit à une rente AVS et ne touche pas de rente de vieillesse de l'AVS (let. d), s'il remplit les conditions relatives à la période de

cotisation ou en est libéré (let. e), s'il est apte au placement (let. f) et s'il satisfait aux exigences du contrôle (let. g).!> Ces conditions sont cumulatives (ATF 124 V 215 consid. 2). 6. L'art. 13 al. 1 er LACI dispose que celui qui, dans les limites du délai-cadre prévu à cet effet (art. 9 al. 3), a exercé durant douze mois au moins une activité soumise à cotisation remplit les conditions relatives à la période de cotisation. Selon l'alinéa deuxième de cette disposition, compte également comme période de cotisation le temps durant lequel l'assuré exerce une activité en qualité de travailleur sans avoir atteint l'âge à partir duquel il est tenu de payer les cotisations AVS (let. a), sert dans l'armée, dans le service civil ou dans la protection civile conformément au droit suisse ou accomplit un cours obligatoire d'économie familiale qui a lieu pendant toute la journée et durant au moins trois semaines sans discontinuer (let. b), est partie à un rapport de travail, mais ne touche pas de salaire parce qu'il est malade (art. 3 LPGGA) ou victime d'un accident (art. 4 LPGGA) et, partant, ne paie pas de cotisations (let. c), ou a interrompu son travail pour cause de maternité (art. 5 LPGGA) dans la mesure où ces absences sont prescrites par les dispositions de protection des travailleurs ou sont conformes aux clauses des conventions collectives de travail (let. d).!> L'art. 14 al. 1 er LACI prévoit que sont libérées des conditions relatives à la période de cotisation les personnes qui, dans les limites du délai-cadre (art. 9 al. 3) et pendant plus de douze mois au total, n'étaient pas parties à un rapport de travail et, partant, n'ont pu remplir les conditions relatives à la période de cotisation, pour l'un des motifs suivants : formation scolaire, reconversion ou perfectionnement professionnel, à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant dix ans au moins (let. a) ; maladie (art. 3 LPGGA), accident (art. 4 LPGGA) ou maternité (art. 5 LPGGA), à la condition qu'elles aient été domiciliées en Suisse pendant la période correspondante (let. b) ; séjour dans un établissement suisse de détention ou d'éducation au travail, ou dans une institution suisse de même nature (let. c). 7. Le montant de l'indemnité journalière est fonction du gain assuré (cf. art. 22 LACI).!> Aux termes de l'art. 23 al. 1 1 ère phrase LACI, est réputé gain assuré le salaire déterminant au sens de la législation sur l'AVS qui est obtenu normalement au cours d'un ou de plusieurs rapports de travail durant une période de référence, y compris les allocations régulièrement versées et convenues contractuellement, dans la mesure où elles ne sont pas des indemnités pour inconvénients liés à l'exécution du travail. L'art. 37 al. 1 de l'ordonnance sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (OACI - RS 837.02) dispose que le gain assuré est calculé sur la base du salaire moyen des six derniers mois de cotisation (art. 11) qui précèdent le délai-cadre d'indemnisation. Il est déterminé sur la base du salaire moyen des douze derniers mois de cotisation précédant le délai-cadre d'indemnisation si ce salaire est plus élevé que le salaire moyen visé à l'al. 1 (al. 2). La période de référence commence à courir le jour précédant le début de la perte de gain à prendre en considération quelle que soit la date de l'inscription au chômage. A ce jour, l'assuré doit avoir cotisé douze mois au moins pendant le délai-cadre applicable à la période de cotisation (al. 3). 8. S'agissant des conditions relatives à la période de cotisation et de l'exercice d'une activité soumise à cotisation au sens de l'art. 13 al. 1 LACI, seul est déterminant le fait que l'assuré ait exercé une telle activité, et non pas de savoir si les cotisations ont été réellement versées à la caisse de compensation (ATF 113 V 352).!> En vue de prévenir les abus qui pourraient advenir en cas d'accord fictif entre l'employeur et un travailleur au sujet du salaire que le premier s'engage contractuellement à verser au second, la jurisprudence considère que la réalisation des conditions relatives à la période de cotisation présuppose en principe qu'un salaire soit réellement versé au

travailleur (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 279/00 du 9 mai 2001 consid. 4c in DTA 2001 p. 225; arrêt du Tribunal fédéral C 174/05 du 26 juillet 2006 consid. 1.2). Dans un arrêt du 12 septembre 2005, le Tribunal fédéral a cependant eu l'occasion de préciser cette jurisprudence, en ce sens que la seule condition du droit à l'indemnité de chômage est, en principe, que l'assuré ait exercé une activité soumise à cotisation pendant la période minimale de cotisation, la preuve qu'un salaire a bel et bien été payé demeurant seulement un indice important de la preuve de l'exercice effectif d'une activité salariée (ATF 131 V 444 consid. 3.3). Cette relativisation de l'exigence de la preuve d'un salaire effectivement versé a par la suite été confirmée dans de nombreux arrêts (cf. notamment arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3; C 289/06 du 10 mai 2007 consid. 3; C 92/06 du 11 avril 2007; C 267/05 du 19 décembre 2006 consid. 2.2.1; C 284/05 du 25 avril 2006 consid. 2.5). Ainsi, lorsque l'assuré ne parvient pas à prouver qu'il a effectivement perçu un salaire, notamment en l'absence de virement périodique d'une rémunération sur un compte bancaire ou postal à son nom, le droit à l'indemnité de chômage ne pourra lui être nié en application de l'art. 8 al. 1 let. e et 13 LACI que s'il est établi qu'il a totalement renoncé à la rémunération pour le travail effectué, ce qui doit être admis avec retenue (ATF 131 V 444 consid. 3.3 ; arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 183/06 du 16 juillet 2007 consid. 3). Les périodes où un travailleur n'a pas perçu son salaire en raison de l'insolvabilité de son employeur comptent en principe comme périodes de cotisation (Boris RUBIN, Commentaire de la loi sur l'assurance-chômage, 2014, n. 20 ad art. 13). En revanche, l'absence de preuve d'un salaire versé devra être prise en considération dans la fixation du gain assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 284/05 du 25 avril 2006 consid. 2.5). On pourrait certes penser que les exigences de preuve concernant l'exercice effectif d'une activité soumise à cotisation sont les mêmes que celles applicables à la détermination du gain assuré. Tel n'est toutefois pas le cas. Sous l'angle de l'application de l'art. 23 LACI, ou bien l'assuré établit la réalité d'un salaire soumis à cotisations et ce salaire est pris en compte au titre du gain assuré, ou bien il n'y parvient pas et le revenu allégué ne peut pas être pris en considération dans le calcul du gain assuré (Boris RUBIN, op. cit. , n. 22 ad art. 13). Par salaire normalement obtenu au sens de l'art. 23 al. 1 LACI, il faut entendre la rémunération touchée effectivement par l'assuré (ATF 123 V 70 consid. 3). Dans un cas concernant l'épouse d'un restaurateur ayant travaillé au service de son mari, lequel avait annoncé à l'AVS qu'elle percevait un revenu mensuel de CHF 5'000.- alors que la comptabilité du restaurant affichait un solde négatif et que le versement effectif de ce salaire ne pouvait être prouvé, le Tribunal fédéral a confirmé que le gain assuré devait être calculé sur les six derniers mois de salaire réellement perçus, et que si un assuré ne parvient pas à établir la réalité du salaire effectif, il n'y a pas de place pour une solution médiane qui consisterait, en l'absence d'éléments suffisamment probants, à retenir un salaire hypothétique ou fictif en fonction des salaires usuels d'une branche en particulier ou de données statistiques (DTA 2006 p. 226 consid. 3). Par ailleurs, lorsqu'un travailleur renonce au versement du salaire convenu afin de soutenir une entreprise récemment créée et que sa rémunération n'est en fin de compte pas versée en raison de l'insolvabilité de cette entreprise, ce revenu ne peut être pris en compte dans le gain assuré. Dans le cas contraire, l'indemnité de chômage servirait à couvrir le risque de l'entrepreneur, ce qui est contraire à son but et par conséquent abusif (Barbara KUPFER BUCHER, Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosen-versicherung und Insolvenzschiädigung, 4 ème éd., Zurich 2013, p. 129). Il ne se justifie de s'écarter de la règle selon laquelle le gain assuré se fonde sur le salaire effectivement perçu que dans les cas où un abus sous forme de convention

portant sur un salaire fictif peut être pratiquement exclu. Des raisons liées à la systématique de la loi imposent que les exceptions ne soient admises que de manière restrictive lors de la détermination du gain assuré (ATF 128 V 189 consid. 3a/aa). Ainsi, le salaire contractuel n'est déterminant que si les parties respectent sur ce point les clauses contractuelles. Afin d'éviter des accords abusifs, un salaire contractuellement prévu ne sera pris en considération que s'il a réellement été perçu par le travailleur durant une période prolongée, sans faire l'objet de contestations (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 155/06 du 3 août 2007 consid. 3.2). Le Tribunal fédéral a ainsi admis que le salaire contractuel – et non le salaire effectivement réalisé – était déterminant dans le cas d'un assuré partie à de longs rapports de service, dont le salaire n'avait jamais été contesté et avait cessé d'être versé en dernier lieu uniquement en raison de difficultés de trésorerie de l'employeur (DTA 1995 p. 79 consid. 2c).

9. Le juge ne doit considérer un fait comme prouvé que lorsqu'il est convaincu de sa réalité. Dans le domaine des assurances sociales, le juge fonde sa décision, sauf dispositions contraires de la loi, sur les faits qui, faute d'être établis de manière irréfutable, apparaissent comme les plus vraisemblables, c'est à-dire qui présentent un degré de vraisemblance prépondérante. Il ne suffit donc pas qu'un fait puisse être considéré seulement comme une hypothèse possible. Parmi tous les éléments de fait allégués ou envisageables, le juge doit, le cas échéant, retenir ceux qui lui paraissent les plus probables. Aussi n'existe-t-il pas, en droit des assurances sociales, un principe selon lequel l'administration ou le juge devrait statuer, dans le doute, en faveur de l'assuré (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 261/05 du 23 janvier 2007 consid. 4.1 et les références).

Par ailleurs, dans le domaine des assurances sociales notamment, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par le juge. Mais ce principe n'est pas absolu. Sa portée est restreinte par le devoir des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire. Celui-ci comprend en particulier l'obligation des parties d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 35/04 du 15 février 2006 consid. 3).

10. En l'espèce, il apparaît incontestable que le recourant a bien exercé une activité soumise à cotisation pour l'employeur jusqu'à fin avril 2014 et qu'il n'a pas renoncé à obtenir la rétribution afférente à cette activité. Cela est notamment démontré par les démarches entreprises devant le Tribunal des prud'hommes. L'acquiescement de l'employeur aux conclusions du recourant doit également être considéré comme la preuve que l'activité était censée être rémunérée, quand bien même il n'a pas honoré ses engagements.

Ces éléments suffisent à admettre que les conditions relatives à la période de cotisation sont réalisées. L'intimée ne semble du reste plus le contester dans sa réponse du 8 juillet 2015. Elle soutient cependant désormais que le gain assuré ne peut être déterminé avec suffisamment de précision, ce qui ne permettrait pas selon elle de reconnaître à l'intéressé un droit à l'indemnité. Il est vrai que le montant exact de la rémunération versée ne peut être établi avec certitude dans le cas d'espèce, sans qu'un quelconque manquement puisse être reproché sur ce point au recourant, qui a produit toutes les pièces qu'il était en mesure de se procurer. Les salaires mentionnés sur les bulletins de paie ne concordent de plus pas exactement avec le montant communiqué aux autorités fiscales – ce qui s'explique peut-être par le fait que certaines indemnités contractuelles ne sont pas imposables. En effet, l'addition des montants ressortant des bulletins de paie pour 2013 aboutit à un total brut de CHF 83'818.49, légèrement supérieur aux CHF 78'953.-

indiqués dans le certificat de salaire et la déclaration d'impôt. En outre, les versements sur le compte du recourant par son employeur sont largement inférieurs aux montants mentionnés sur les fiches de salaire. Si le fait que le recourant se soit régulièrement acquitté de ses factures en espèces, comme le démontrent les récépissés produits, peut également être retenu comme un indice que certains montants lui ont été remis en liquide par son employeur, cet élément ne suffit cependant pas à reconstituer avec exactitude la rétribution qui lui a été versée. La Cour de céans considère cependant que l'on se trouve ici dans un cas similaire à ceux visés par la jurisprudence, où il convient de s'écarter du revenu effectivement perçu pour tenir compte du salaire contractuel. En effet, on peut exclure avec une quasi-certitude un abus dans la situation du recourant. D'une part, il n'a aucun lien de parenté avec l'employeur. Il n'avait pas non plus la qualité d'organe de l'entreprise et n'y exerçait pas une position dirigeante. S'il ne s'agit pas là de critères absolus pour exclure tout risque d'abus sous forme de salaire fictif, il n'en demeure pas moins que c'est souvent dans de telles situations que le Tribunal fédéral a réaffirmé que seuls les salaires réellement perçus étaient en principe déterminants pour le calcul du gain assuré (cf. à titre d'exemples arrêts du Tribunal fédéral 8C_913/2011 du 10 avril 2012 et 8C_840/2010 du 14 janvier 2011 ; arrêts du Tribunal fédéral des assurances C 155/06 du 3 août 2007 et C 182/04 du 2 février 2005). D'autre part, le recourant a travaillé plus de treize ans pour l'employeur avant de solliciter des indemnités de chômage. D'après la jurisprudence, il s'agit là de longs rapports de travail. L'analyse de son compte individuel AVS révèle qu'il a effectivement perçu des revenus réguliers durant cette période, dont le montant est très proche du revenu contractuel. Force est ainsi d'admettre que la condition liée au versement prolongé du salaire contractuel est également réalisée et qu'il y a lieu de faire abstraction du revenu réellement perçu et de fixer le gain assuré en fonction du revenu contractuel. La situation est analogue à celle qui a donné lieu à la jurisprudence citée, dans laquelle l'employeur, après avoir payé le salaire contractuel pendant une longue période, rencontre des problèmes financiers et ne le verse plus régulièrement ou complètement. On ajoutera encore que l'obligation de réduire le dommage est un principe qui s'applique dans le domaine des assurances sociales (ATF 123 V 230 consid. 3c). Il permet d'exiger d'un employé la continuation des relations contractuelles malgré des rapports de travail tendus ou des désaccords sur le montant du salaire. En revanche, on ne saurait exiger de l'assuré qu'il conserve son emploi, lorsque les manquements d'un employeur à ses obligations contractuelles atteignent un degré de gravité justifiant une résiliation immédiate au sens de l'art. 337 du code des obligations (CO – RS 220) (arrêt du Tribunal fédéral des assurances C 185/04 du 12 avril 2005 consid. 3.2). Or, selon la jurisprudence, si l'employeur refuse malgré une mise en demeure claire de payer le salaire dû, le travailleur peut résilier le contrat avec effet immédiat (arrêt du Tribunal fédéral 4C.2/2003 du 25 mars 2003 consid. 4.3). Dans ces circonstances, ne pas reconnaître le droit à l'indemnité de chômage du recourant au motif que le salaire effectivement versé dans l'année précédant sa demande ne peut être établi avec certitude, alors que son gain assuré aurait été aisément déterminable s'il avait exercé son droit aux prestations en résiliant son contrat de travail au premier défaut de paiement de l'employeur, reviendrait à sanctionner le recourant alors même qu'il a consenti d'importants sacrifices pour éviter d'émarger à l'assurance-chômage. En conséquence de ce qui précède, le gain assuré du recourant se fondera sur le salaire contractuel régulièrement perçu jusqu'à fin 2011, soit CHF 78'953.-, comme cela ressort du compte individuel AVS. 11. Reste à déterminer depuis quand le recourant a droit aux indemnités de chômage. Dans sa demande, l'assuré a fait valoir son droit dès

le 1^{er} mai 2014. Selon la première attestation remplie par son employeur, c'est effectivement le 30 avril 2014 que se sont achevés les rapports de travail. En revanche, il est vrai que l'arrangement conclu devant le Tribunal des prud'hommes porte sur le salaire prétendument dû d'avril à juillet 2014. En l'absence de toute explication ou motivation sur ce poste dans sa demande devant cette juridiction, cet élément ne suffit cependant pas pour tirer la conclusion que les rapports de service n'auraient pris fin qu'à fin juillet 2014. De plus, selon le principe de la "déclaration de la première heure" développé par la jurisprudence et applicable de manière générale en assurances sociales, en présence de deux versions différentes et contradictoires d'un fait, la préférence doit être accordée à celle que l'assuré a donnée alors qu'il en ignorait peut-être les conséquences juridiques, les explications nouvelles pouvant être consciemment ou non le résultat de réflexions ultérieures (ATF 121 V 45 consid. 2a; arrêt du Tribunal fédéral 9C_663/2009 du 1^{er} février 2010 consid. 3.2). Par ailleurs, le principe de la bonne foi, découlant de l'art. 9 de la Constitution (Cst – RS 101) et valant pour l'ensemble de l'activité étatique, protège le citoyen dans la confiance légitime qu'il met dans les assurances reçues des autorités, lorsqu'il a réglé sa conduite d'après des décisions, des déclarations ou un comportement déterminé de l'administration (ATF 131 II 627 consid. 6.1). En l'espèce, et dans la mesure où c'est à la demande expresse de l'intimée et de manière conforme à ses instructions que le recourant a fait remplir une nouvelle attestation à son employeur faisant état d'une fin des rapports de travail au 31 juillet 2014, l'intimée ne saurait se prévaloir de la nouvelle attestation du 24 novembre 2014 pour nier le droit du recourant à des indemnités de chômage dès le 1^{er} mai 2014 sans violer le principe de la bonne foi. On s'en tiendra ainsi à la première date indiquée pour la fin des rapports de travail, soit le 30 avril 2014. C'est ainsi le 1^{er} mai 2014 que naît le droit aux indemnités de chômage. 12. Eu égard à ce qui précède, le recours est admis. Le recourant, qui n'est pas représenté, n'a pas droit à des dépens (art. 61 let. g LPGA). Pour le surplus, la procédure est gratuite (art. 61 let. a LPGA). PAR CES MOTIFS, LA CHAMBRE DES ASSURANCES SOCIALES :
Statuant À la forme :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.